Das

Wesen der Anfechtbarkeit

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der kgl. Universität zu Breslau

vorgelegt

und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Martin Bruck,

Gerichtsreferendar

Löwen i. Schl.

April 1900

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546302_0076

Meiner Mutter

Inhalt.

§ 1. Wortbedeutung. 7

§ 2. Anfechtbarkeit im justinianischen Recht. 10

§ 3. Anfechtbarkeit im modernen Recht. 18

A. Gemeines Recht 18

B. Preussisches Landrecht. 30

§ 4. Anfechtbarkeit im BGB. 31

Vorbemerkung.

Nachstehende Dissertation ist ein Teil der Abhandlung „Die Bedeutung der Anfechbarkeit für Dritte“, welche das 2. Heft der demnächst erscheinenden, von Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard in Breslau herausgegebenen „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts“. (Verlag von M. & H. Marcus, Breslau) bilden wird.

Die vorliegende Arbeit ist Mitte März abgeschlossen; die später erschienene Litteratur konnte nicht mehr verarbeitet werden.

Es werden citiert:

Die Protokolle der 1. Kommission für die Ausarbeitung des Entw. eines BGB als Pr. I;

die der 2. Kommission als Pr. II;

die Motive als M, die Entwürfe als E mit röm. Ziffer, die Denkschrift als D, die Reichsgerichtsentscheid. als RGE, die Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts als ROHG. N bedeutet Note, Vortr. = Vorträge. Sonst sind die Abkürzungen die üblichen.

Die römische Ziffer giebt den Band, die arabische die Seite an.

§ 1. Wortbedeutung.

Um sich über den durch ein Wort bezeichneten Begriff klar zu werden, ist es von Wichtigkeit, auf die rein sprachliche Bedeutung des Wortes und seiner Bestandteile zu achten, ohne an seinen technischen Sinn zu denken; denn die Sprache deutet an, welche Vorstellung sich in den Gedanken des Einzelnen mit einem Worte verbindet; und deshalb ist anzunehmen, dass das Vorhandensein einer Bezeichnung besagt: ein in seiner Besonderheit erkannter Begriff hat sich im Bewusstsein der Redenden ausgebildet; der Mangel eines solchen Wortes dagegen zeigt an, dass man sich des Einzelbegriffes noch nicht bewusst geworden, das Bedürfnis für einen Sonderausdruck noch nicht hervorgetreten ist[1]).

Diese Erwägung wird besonders von Bedeutung sein bei der Behandlung des Corpus iuris. Dieses Gesetzbuch, das zugleich die Rechtsgeschichte seines Volkes wiederspiegelt, bestätigt durch seine Entstehungsgeschichte das oben Ausgeführte.

Im Deutschen haben wir das Wort „Anfechtbarkeit", dessen Bedeutung, zunächst ohne technischen Beigeschmack, folgende ist.

Anfechtbarkeit kommt vom Verbum anfechten, dessen Stammwort fechten ist[2]). In diesem Worte liegt immer die Andeutung einer Bewegung[3]), in erster Linie aber einer angreifenden Bewegung,

---

[1]) Siehe auch Ihering, Zweck im Recht. Vorrede zum 2. Band S. XX; Jacobi, die fehlerhaften Rechtsgeschäfte im Arch. für d. civ. Prax. Bd. 86 S. 108, N. 111.

[2]) Nach Grimm, Deutsches Wörterbuch III 1378 ff sub verbo „fechten": ahd. fehtan, mhd. vëhten, engl. fight, fries. fiuchta, neuniederländ. vechten.

[3]) Mit den Händen fechten, fuchteln, ohne feindliche Absicht gedacht.

die wieder zunächst einen feindlichen Charakter trägt[1]), also kämpfen, pugnare. Wie dieses mit pugnus zusammenhängt (ähnlich πυκτεύειν mit πύξ) fallen auch fehtan und faust (nach Grimm) zueinander; und wie pugnare auch eniti laborare ausdrückt, so liegt auch in fechten die Bedeutung von „sich abmühen, eifrig streben, etwas in die Faust nehmen“ [2]). Dieser Bemühung giebt die Präposition „an“ (in anfechten) die entscheidende Richtung: das Anfechten ist das gegnerische Fechten κατ' ἐξοχήν, das Angreifen mit der Absicht, zu schaden, ja zu vernichten[3]). Das Anfechten hat also eine negative Tendenz!

Der Akt des Anfechtens wird bezeichnet durch das Hauptwort „Anfechtung“. Sie richtet sich, was hier interessiert, gegen rechtlich erhebliche Vorgänge[4]). Hier soll insbesondre diejenige Anfechtung betrachtet werden, die sich gegen Rechtsgeschäfte richtet[5]). Diesen soll ihre volle Wirksamkeit genommen werden, sie sollen nicht mehr gelten. Beachten wir wieder die sprachliche Qualifizierung des Wortes, so ergiebt sich:

Gelten bedeutet eigentlich entrichten, bezahlen; übertragen im Sinne des Verkehrs: anzeigen, was gewöhnlich gezahlt wird,

---

[1]) Dagegen aber auch gleich ostiatim victum quaerere, stirpem mendicando colligere; im gleichen Sinne das Wort „Fechtbruder.“ — Vgl. „ansprechen“ im Sinne von Betteln und „mit kampflichem Grusse ansprechen,“ angreifen, ebenso „fordern“ im Sinne von verlangen und herausfordern.

[2]) Vgl. die Redensart „etwas in die Hand nehmen,“ um die Absicht der Durchführung eines Vorhabens anzudeuten; anderseits „etwas in Angriff nehmen.“

[3]) Siehe die vielen Citate aus der Litt. bei Grimm unter „anfechten“ u. „Anfechtung“ Bd. I S. 328. „Anfechten ist deutlich: fechten an einen“, impugnare, aggredi, tentare, neunied. aanvechten praet. fochtan. — A. M. Hölder, Zum allg. Teil des Entw. eines B. G. B. (Arch. für d. civ. Prax. Bd. 73, S. 105.)

[4]) Brinz Pandekten IV 396 N. 1.: „nicht bei gemeinen Handlungen.“ Für das B. G. B. weiter Hölder, Komm. S. 315.

[5]) Es entfallen also: Anfechtung von Entscheidungen der Gerichte, besonders von Urteilen (C. P. O. u. St. P. O.), von Rechtshandlungen, die nicht Rechtsgeschäfte zu sein brauchen, (K. O. u. Anfechtungsgesetz i. d. F. vom 20. V. 98.), aber auch nach dem B. G. B. von Fristversäumnis z. B. 1956, der Ehelichkeit eines Kindes 1596 f und anderen nicht rechtsgeschäftlichen Momenten.

also wert sein; aber auch: den Wert noch inne haben, gültig sein[1]). Das Gültige hat noch nichts von seiner sonstigen Schätzung eingebüsst; das Ungültige hat seinen Wert verloren. Die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts stellt also den Zustand dar, in welchem es nicht mehr den ursprünglichen Wert hat, d. h. nicht vollwirksam ist.

Hier interessiert besonders die Ungültigkeit, welche der Effekt der Anfechtung ist. Diese kann geschehen, wenn die Art des betreffenden Geschäfts den Anlass dazu bietet. Die Sprache giebt ihm dann die Bezeichnung „anfechtbar", deren Endsylbe andeutet, dass die Möglichkeit, das Geschäft anzufechten, vorliegt. Die entsprechende Eigenschaft ist durch die Endung „keit" im Hauptworte Anfechtbarkeit gekennzeichnet. Aber gerade dieses Moment der Eigenschaft ist nur mit grosser Vorsicht für die juristische Definition zu verwerten. Es ist zulässig, zu sagen: das Geschäft hat die Eigenart, dass die Möglichkeit vorliegt, es durch Anfechtung ungültig zu machen; aber es wäre eine Verwechslung von Ursache und Wirkung, wollte man aus der etwaigen, nachfolgenden Ungültigkeit schon etwas in das Wesen des Geschäfts hineintragen, sodass man ihm eine „krankhafte Konstitution" zuschriebe. Das würde allerdings „zwischen Sein und Nichtsein des Rechts ein Mittelding stellen"[1]).

Das Adjektivum, welches in „Anfechtbarkeit" steckt, deutet auf die Möglichkeit einer Thätigkeit hin, das in „Nichtigkeit" enthaltenen aber zeigt einen Zustand an. Darum ist es ein ὕστερον πρότερον, wenn man dem anfechtbaren Geschäft eine Ungültigkeit insinuiert, die noch garnicht erreicht ist. Aus alledem geht hervor, dass die obere Kategorie Ungültigkeit, insofern sie Nichtigkeit und Anfechtbarkeit umfassen soll, ihren Namen sehr

---

[1]) Vgl. Gülte, Bargilde, Ewiggeld; in der modernen Sprache: Geld, Entgelt, Vergelten: andrerseits Geltung, Gültigkeit. Ableitung bei Grimm IV 1 2 S. 3066 ff.: goth. gildan, ahd. geltan, mhd. gelten, altsächs. geldan, ags. gilldan, geldan, gyldan, altfries. gelda, jelda, altnord. gjalda, altschwed. gielda, gälda. —

[2]) Schlossmann, Zwang S. 21; 9 ff. — Man darf es aber sicher für das nichtige Geschäft thun; so auch Leonhard, Irrtum II 296. Vgl. Jacobi, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 86 S. 54 ff.

[3]) Lenel, Über Ursprung u. Wirkung der Exceptionen. S. 138.

mit Unrecht führt. In der technischen Bedeutung ist der Name allerdings durch den Einfluss des Sprachgebrauchs starker Autoritäten, in erster Linie von Savigny[1]), der gangbarste. Neuerdings wurde er mit Recht von einzelnen Schriftstellern als unzutreffend bezeichnet, teils einfach verworfen[2]), teils ersetzt. So sagt Dernburg[3]) „fehlerhaft", Regelsberger[4]) — am besten — „mangelhaft" statt ungültig. Sachlich macht es allerdings nichts aus[5]).

Das sollte im allgemeinen festgestellt werden; die nähere, juristische Untersuchung über die verschiedenen Ungültigkeitstypen bleibe der weiteren Darstellung unten überlassen.

§ 2.

Anfechtbarkeit im justinianischen Recht.

Im corpus iuris finden wir für die Anfechtbarkeit keinen einheitlichen Ausdruck, ja nicht einmal einen solchen für Ungültigkeit[6]). Die gewöhnlichen Bezeichnungen dafür sind folgende: nullum, inutile, iniustum, irritum, vitiosum esse; ipso iure non valere, nullius momenti esse, non obligatum esse, nihil agi; von einer obligatio heisst es: ipso iure perimitur, tollitur, evanescit, intercidit, revocatur, rescinditur, retractatur, impeditur, infirmatur, extinguitur; creditor re — oder submovetur exceptione, excluditur, ipsi occurritur, opponitur, obicitur, obstat exceptio; reus: non debet, non tenetur, liberatur, tuetur, defenditur, adiuvatur, munitus est ipso iure oder exceptione[7]).

---

[1]) System IV 536.

[2]) Brinz Pand. IV 403.

[3]) Pand. I 285, aufgrund von l 201 D 50, 1 7: sine vitio. Ebenso Jacobi a. a. O. S. 55.

[4]) Pand. S. 631. So auch Hellmann, Vorträge § 20, Wendt, Pand. S. 164, Kuhlenbeck, Von d. Pand. zum BGB. S. 325.

[5]) Erheblicher ist es, wenn Brinz IV 405 eigens bemerkt, dass „Unfertigkeit" wegen Bedingung u. dergl. vom Begriffe abzuscheiden sei. Über die „Unwirksamkeit" als den weiteren Begriff s. Windscheid Pand. I 219.

[6]) Dazu Gradenwitz, die Ungültigkeit obligator. Rechtsgeschäfte S. 1, 297 ff. Für das Objekt der Ungültigkeit, das Rechtsgeschäft, bestand nämlich der gleiche Mangel; vgl. Lotmar, Causa S. 11 ff. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 288.

[7]) Büchel, Erörterungen II 1, 24 ff. Endemann, Verbotsgesetze S. 15. Schilling, Animadv. crit. p. 32.

Das ist eine indigesta moles von synonymen Wendungen, aus der sich ein System nicht ableiten lässt. Die Ausdrücke geben nicht an, welcher die schärfere Bemängelung des Rechtsgeschäfts darstellt, welcher die schwächere, welcher Nichtigkeit und welcher Anfechtbarkeit bezeichnet.

Man könnte wohl auf den ersten Blick glauben, dass nullus, die prägnante Negation, die wir mit „nichtig“ zu übersetzen gewohnt sind, stets diese technische Bedeutung haben muss, dass dagegen Begriffe wie rescindere oder die Zusammensetzungen mit exceptio immer auf eine mindere Stärke, auf ein „Anfechten“, hinweisen. Dagegen sprechen jedoch folgende Quellenstellen.

Nehmen wir die markantesten Worte als Beispiel, zunächst nullus. Dies findet sich z. B. in l 1 § 3 D de pact. 2,14: . . nullam obligationem, quae non habet in se conventionem (vgl. Gaius III § 176). l 8 pr D de peric. et comm. rei vend. 18,6 . . . quod si sub condicione res venerit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio sicuti nec stipulatio; ebenso l 31 D de o. et a. 44,7: Non solum stipulationes impossibili condicioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus etc. l 3 § 3 D pro socio 17,2: Societas, si dolo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est; cfr. l 43 § 20 de vulg. et pup. subst. 28,6; l 1 de iniustó test. 28,3. L 6 C de pact. 2,3: Pacta, quae contra leges constitutionesve vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est. Vgl. Paulus Sent. I 1 § 4a. L 23 § 10 i. f. D de don. int. vir. et ux. 24,1 . . ipso enim iure, quae inter v. et ux. donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. Vgl. l 5 § 2, l 29 § 2, l 15 § 5, auch 7 § 6, l 32 §§ 23 ff. eod. l 16 § 1 D de min. XXV annis 4,4; l 29 § 2 de v. o. 45,1; l 35 § 5 D de mortis causa don. 39,6; l 35 § 1 D de hered. inst. 28,5: Einsetzung auf eine Erbschaft ohne realen Wert ist nullius momenti. Auch l 14 pr D de iure cod. 29,7. L 6 § 1 D quod cuiuscumque univ. 3,4: Generelle Übertragung der Klageerhebung ist ipso iure nullius momenti.

Diesen Beispielen ist jedoch ein andres entgegenzustellen: l 22 D quae in fraud. 42,8: Cum . . . unus ceditor pignore accepisset . . . in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti est; hinterher aber heisst es von den ceteri creditores: ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent; es

ist also doch noch von einem besonderen Rechtsmittel die Rede, um die Nullität herbeizuführen. Vgl. l 2 § 1 C si propt. publ. pens. 4,46. — Dazu stimmt also nicht die Definition, die Brissonius[1]) aus den Quellen herleitet: Nullum esse iure civili dicitur, quod nullius momenti est, quod non valet neque consistit.

Noch mehr zeigt sich die inkonstante Ausdrucksweise bei rescindere. Das betont auch Brissonius[2]), dessen Definition hier vorausgeschickt sei: Rescindi propie dicitur, quae alias iure legitimo valent, non quae ipso iure nulla sunt. — Aliquando generalius usurpatur etiam de iis actionibus, quae ipso iure nullae sunt.

Zum Belege dienen, für den ersten Satz: L 9 § 3 D quod met. c. 4,2; ibid. § 4: Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione. L 23 D locati 19,2: Praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest. L. 1 § 12 D. si quid in fraud. patron. 38,5; l 9 C 5,71. L 6 § 1 D de bon. poss. 37,1: . . . propter aequitatem rescindit . . . capitis deminutionem praetor; l 3 C 8,56; l 24 C de inoff. test. 3,28 u. l 16 C fam. erc. 3,36.

Den zweiten Satz des Brissonius beweisen, d. h. für Nichtigkeit sprechen: l 64 § 1 D de cond. et dem. 35,1: . . . interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum. L 7 § 16 i. f. D de pact. 2,14.

Nach diesen Beispielen, die sich leicht vermehren liessen, steht fest, dass eine technische Unterscheidung in den genannten Ausdrücken nicht zu suchen ist[3]). Da nun doch ein Unterschied im corpus iuris innerhalb der Ungültigkeit gemacht wird, so muss die Ausdrucksweise dafür eine andre als die abgelehnte sein.

Mehrfach haben wir in den citierten Stellen den Ausdruck ipso iure gefunden in Verbindung mit nullius momenti oder rescindi oder non valere. Was bedeutet dieses ipso iure? — Was ist sein Gegensatz? — Die Antwort geben die Quellen selbst.

[1]) De verborum significatione: „Nullus“ S. 936. Vgl. u. a. Regelsberger, Pand. 632. 534 N. 6. Leonhard, Irrtum II 297. Dirksen, Manuale sub voce „nullus“ S. 635.

[2]) l. c. S. 1198.

[3]) Vgl. Dernburg, Pand. I, 288 N. 2, auch S. 286. Schlossmann, Zwang S. 23, 27.

1.) Wenn l 3 § 10 D de don. int. vir. et ux. 24,1 sagt: Sciendum est ita interdictam donationem i. v. ex u., ut ipso iure nihil valeat, quod actum est, so kann das nur heissen: nach Rechtsvorschrift ist diese Schenkung ohne weiteres ungültig, es bedarf keiner Anregung mehr, die das Recht erst durch das Mittel des Prozesses zur Äusserung einer Wirkung veranlassen müsste.[1]) Ferner: Ein ohne testamenti factio errichtetes Testament ipso iure non valet, l 18 pr. D qui test. 28,1. Institutio ipso iure non valet, quod turpis est, l 9 § 1 D de lib. et posth. 28,2. Vgl. andre Fälle in l 16 pr. D de iure patron. 37,14; l 11 D de serv. 8,1, l 61 pr. D de i. d. 23,3; l 1 § 1 D ad SC Vell. 16,1. — Auch folgender Fall ist hierher zu stellen, weil die Rechtsordnung selbst, welche die Natur und die Erfordernisse eines jeden Geschäfts bestimmt, die Ungültigkeit begründet: es erlischt nämlich ohne besondere Abrede beim Eintritt bestimmter Umstände die Wirkung gewisser Geschäfte; so die stipulatio dotis causa nuptiis non secutis (l 4 § 2 D de pact. 2,14).

In allen diesen Fällen verhindert derselbe Umstand, dass entweder das subjektive Recht entsteht oder fortbesteht; das subjektive Recht vernichtet also bloss durch eine Vorschrift (ipso iure) die Gültigkeit von Rechtsakten und daraus präsumtiv hervorgehenden, subjektiven Rechten[2]).

2.) Ist dies nicht der Fall, so sind prozessuale Akte erforderlich, um das Geschäft ungültig zu machen. Diese Akte gliedern sich in persönliche Klage, exceptio und in integrum restitutio. Die nähere Bedeutung ihres Gegensatzes zur Wirkung ipso iure wird sich in der Einzelbetrachtung ergeben. Zunächst:

a) Ein Beispiel für actio in factum. Die a. Fabiana (od. Calvisiana) wird angestellt, sobald ein libertus durch Veräusserung von seinem Vermögen in fraudem patroni handelte, indem er der Erweiterung von dessen Rechten vorbeugen wollte. Gab er so viel weg, dass er nicht mehr 10000 Sesterzen besass (minorem centenario se fecit), so hatte er zugleich in fraudem legis (Papiae)

---

[1]) Eine lex perfecta vorausgesetzt; siehe Endemann, Verbotsges. S. 13 ff. Schilling, l. c. 32 f. Ulp. fragm. initio.

[2]) Siehe auch Büchel, Erört. S. 16 ff. Glück, Komm. Bd. 25 S. 441.

gehandelt, mithin non valet, quod actum est, wie l 16 pr D 37, 14 ausführt[1]).

b) Öfter steht ipso iure im Gegensatz zur in integrum restitutio[2]), wobei gewöhnlich ipso iure bedeutet, dass das betreffende Geschäft ohne weiteres nicht gilt. So auch l 3 C de tut. vel cur. 5,42: Frustra in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae, ab eo gesta sunt, ipso iure irrita sunt; vgl. l 5 C in quib. caus. in int. rest. 2,40, und besonders l 16 pr und § 1 D 4,4; auch l 17 § 2 D 17,2.

c) Der für uns wichtigste der hierher gehörigen Unterschiede ist der letzte: ipso iure und ope exceptionis[3]). Die historische Bedeutung der exceptio ist die eines Mittels, um eine dem Einzelfall entsprechende Sentenz vom Richter zu erlangen, der zunächst an den typischen Fall der ediktmässigen formula gebunden ist; daher die Bezeichnung „Ausnahme", nämlich von der Anweisung an den iudex[4]). Die Formel ist nach dem strengen Civilrecht gefasst; ihre strikte Befolgung könnte zu Unbilligkeiten führen. Da greift die exceptio helfend ein, sie bringt die Gesichtspunkte des prätorischen Rechts zum Ausdruck und dieses Recht selbst zur Wirkung[5]). Demnach bildet sie das ius strictum erweiternd und veredelnd fort. So ist die exceptio beschaffen, von der Gaius IV § 16 berichtet: Comparatae sunt exceptiones defendendarum[6]) eorum

[1]) Büchel a. a. O. S. 19. Dagegen v. Koschembahr-Lyskowski, die Theorie der Exc. I 39 N. 65.

[2]) Büchel a. a. O. S. 17. Burchard, Wiedereinsetzung S. 335 ff. Koschembahr a. a. O. § 4B, S. 35 ff.

[3]) Vgl. auch dazu Heymann, Vorschützen der Verjährung S. 62 f. und überhaupt §§ 9—11.

[4]) Büchel a. a. O. S. 21. Eisele, D. mat. Grundlage d. exc. S. 59 ff. Keller, D. röm. CP. § 34 N. 378[1]. Bethmann-Hollweg, CP. des gem. Rechts II 396 ff. und im Rhein. Museum I 266. Heffter, System des röm. u. deutschen CP-Rechts §§ 135, 137. Bekker, Aktionen II 278 ff. Leonhard, Inst § 173, § 174 I. Puchta, Inst. III § 279. Sohm, Inst. S. 195. Zimmermann, Krit. Bemerk. zu Eisele's Schrift. S. 27. 33 ff. Schlossmann, Zwang S. 27. Albrecht, Exceptionen S. 49 ff. 108. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 135. Schultze, Privatrecht u. Proz. S. 340. Heymann a. a. O. S. 129 f.

[5]) l. 3 § 1 D de pec. const. 13, 5. Dazu Eisele a. a. O. 119 ff. Schlossmann a. a. O. 27. Albrecht a. a. O. 11f. Koschembahr a. a. O. S. 71.

[6]) Vgl. den Ausdruck Papinians in l 56 D de cond. indeb. 12, 6: exceptionis defensio. Ferner Definitionen in l 2 pr u. 32 D de exc. 44, 1.

gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari.

Ein wesentlich andres Bild der exceptio zeigt sich in Justinians Institutionen, in pr J de exc. 4,13. Der erste Satz ist wörtlich aus Gaius entnommen. Dann aber fährt das Gesetz fort: Saepe enim accidit, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. So ist in der Periode des Extraordinarverfahrens ein subjektives Moment, die Beachtung des Einzelfalles, in den Vordergrund getreten; der Zweck ist nicht mehr so sehr, das Recht weiterzubilden, als vielmehr durch die Prozessformen dem geltenden Privatrecht Ausdruck zu leihen[1]). Das ist das Wesen der exceptio; wie jetzt das des ipso iure? Auch hierfür ist die citierte Stelle aus Gaius von Belang. Das erste der dort genannten Beispiele hat folgenden Wortlaut, der synoptisch mit dem angeführten, ersten Satz hier seine Stelle finden soll:

	veluti si stipulatus sim abs te, pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis;
saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur.	
sed iniquum sit, cum iudicio condemnari.	sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.

Ebenso das zweite Beispiel:

saepe enim accidit ut quis iure civili teneatur;	nihilominus id ipso iure te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur;
sed iniquum sit, eum iudicio condemnari.	sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli.

---

[1]) Gradenwitz, Ungültigkeit S. 308 ff., besond. 315. Vgl. Schultze a. a. O. S. 387 ff. 408. Bucerius, Exc., Einrede u. Einwendung S. 327, 35 ff. übrigens §§ 10, 11. 16.

Aus dieser Parallele zieht Eisele[1]) die grossartige Consequenz der Indentität von ipso iure und iure civile. Einerseits folgt daraus nicht, dass die exceptio stets auf prätorisches Recht hinweise. Andrerseits darf man nicht schon annehmen, dass nach dem Civilrecht sofort wirkliche Nichtigkeit eingetreten sei. Man könnte einwenden, dass Paulus in l 3 § 3 D pro socio 17,2 die unlautre societas ipso iure nullius momenti nennt. (Vgl. l 5 § 1 i. f. eod.) Den rechten Weg zur Erklärung weist uns aber l 17 § 2 eod., wo gleichfalls Paulus bemerkt, die unzeitige Kündigung der Gesellschaft käme ipso iure in aestimationem. Dies werde zusammengehalten mit dem Schlusse der l 16 § 2 D 4,4, wo dem betrognen, grossjährigen socius nicht Nullität concediert, sondern gesagt wird: cessare partes praetoris . . . satis enim ipso iure munitus est. Dann ergiebt sich: das ipsum ius erübrigt das officium (partes) des Prätors zu Gunsten des officium iudicis, der hier selbständig eingreift. Zudem hat der Betrogne die Schadensersatz- oder Restitutionsklage: ipso iure munitus est[2]). Dem scheint zu widersprechen, dass die in derselben lex genannte societas des Minderjährigen wirklich ungültig sei; das bezieht sich aber auf deren Art „donationis causa“ sive Leonina, ein Gebilde, das

---

[1]) Grundlage d. exc. S. 63 ff. Zum Beleg ferner: Gaius III §§ 168, 198, 32; IV §§ 112, 38. L 31 pr D de hered. pet. 5, 3; l 11 § 1 D de r. c. 12, 1; l 9 § 1 D de distr. pign. 20, 5; l 28 D de nox. act. 9, 4; l 16 pr D de min. 4, 4; l 5 § 1 D 34, 9; l 64 § 1 D 35, 1; l 16 pr D 37,4 Hier überall ist „ipso iure = (schon anu. für sich) nach Civilrecht.“ L 4 D 16, 2; ähnlich l 5 C 2, 41. Eisele a. a. O. S. 74 ff. über die (mehr formelle) Bedeutung des ipso iure: „ohne dass es einer exc. bedarf“ od. „schon nach dem Wortlaut der formula.“ Dagegen Koschembahr a. a. O. S. 26 ff bis 35; 48 ff. Bucerius a. a. O. S. 41 ff. — Ihering, Geist III 54 ff, nimmt übrigens die allmähliche Entstehung eines numerus clausus von Fällen an, die sich auf die obigen Kategorien verteilen.

[2]) Vgl. Bekker, Aktionen II 278 ff. Gradenwitz a. a. O. S. 311 f. — Dagegen müssen diejenigen Thatsachen durch exc. geltend gemacht werden, die nach ius civile rechtlich unerheblich sind (Eisele a. a. O. S. 119—124), d. h. auf prätorischem Rechte beruhen, also nicht sofort ius civile zu überwinden vermögen. Als Ausnahmefälle siehe Anfechtungen nach Civilrecht bei Mitteis, Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 95 f; Gaius III § 123; l 4 D de coll. deteg. 40, 16.

dem Wesen der Gesellschaft widerspricht und seiner rechtlichen Unnatur wegen thatsächlich nichtig ist[2]).

Nun handelt es sich darum: wenn die Nichtigkeit nicht regelmässig durch das ipso iure bezeichnet wird, wenn die exceptio also nicht als Gegensatz die Anfechtbarkeit darstellt, besteht dann materiell ein Unterschied im Wesen beider? Er wird scheinbar radikal verneint in l 112 D 50,17: Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Demnach ist der Erfolg in beiden Fällen gleich. Das betonen auch Autoren verschiedner Zeiten. So sagt Cuiacius[1]): Non differt quantum ad effectum, an ipso iure, an exceptione destituaris actione. Et tamen exceptione elisam actionem per pactionem instauras. Quod non est in ea, quae ipso iure eliditur. Auch Schilling[2]) bemerkt, dass in beiden Fällen omnis laesio ab eo, cuius interest, avertatur. In gleichem Sinne spricht sich Löhr[3]) aus. Zur Unterstützung sollen noch folgende Quellenstellen dienen: l 115 § 1, l 66, l 51, l 13 D de r. i. 50,17; l 7 § 8 D de dalo malo 4,3; l 42 § 1 D de o. et a. 44,7; l 59 pr D ad SC Treb. 36,1; l 15 D de adim. leg. 34,4; l 3 § 1 D de pec. const. 13,5; l 55 u. 108 D de v. s. 50,16; l 10 § 3 D de lib. causa 40,12; l 17 § 2 D de pact. 2,14; l 25 D de v. o. 45,1[4]).

Das sind jedoch nur Erwägungen, die sich auf einen Zeitpunkt beziehen, der (unter Umständen weit) nach der Vornahme des Geschäftsaktes folgt; die Erwägungen hatten den prozessualen Effekt im Auge. Man darf daher die Begriffe ipso iure nullius momenti und ope exceptionis non valere nicht identifizieren, und schon längst nicht die Eigenart der Anfechtbarkeit leugnen, wenn man sie fälschlich der Exceptionsmässigkeit gleichstellt.

---

[1]) Vgl. l. 5 § 2, l 29 § 2 D 4, 4; l 32 § 24 D 24, 1; Büchel a. a. O. S. 17. Burchardi a. a. O. S. 335 ff.

[2]) Opera VIII 870 D; ferner V 929 B: Quod ad effectum attinet, nihil interest etc., V 112 C; VII 316 B; VIII 666 B, 749 E, 750 A. Vgl. Averanius, Interpret. iuris II 794 (lib. III cap. 24).

[3]) Animadv. crit. I 32.

[4]) Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. IV 147; vgl. III 223. 300.

[5]) Dazu aber auch Birkmeyer, d. Exc. im bon. fid. iudicium. S. 10 ff. Endemann, Verbotsges. S. 93. Savigny in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss IV 24. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 157.

Überall zeigt sich also im corpus iuris eine individuelle Behandlung der einzelnen Fälle, die sich zumeist daraus erklärt, dass für die Anfechtung nicht eine Privaterklärung genügt, sondern ein Rechtsmittel vom Prätor erbeten werden muss[1]). Es muss also der ganze Aktionen- und Exceptionen-Apparat des römischen Rechts aufgeboten werden, um für den einzelnen Fall das Passende zur Anfechtung auszuwählen. Das zerstört die Einheitlichkeit der Anfechtung! Zudem haftet aus demselben Grunde der Bezeichnungsweise die nie ausser Acht gelassene, prozessuale Bedeutung der termini an.

Hier unmittelbar wirksames, civiles, da prätorisches Recht, — so heisst also die Antithese vom historischen Standpunkte aus; hier das Recht des Klägers, da die exceptio des Beklagten, — das ergiebt sich in prozessualer Hinsicht; hier das eine subjektive Recht, dort das andre, das stärkere, das siegende, — so scheiden wir für das materielle Recht; und das ist zugleich die zweite Bedeutung, in der uns das ipso iure und sein Gegensatz entgegentreten.

§ 3.

Anfechtbarkeit im modernen Recht.

A. Gemeines Recht.

I. Im Gegensatz zu der Kasuistik der Quellen hat die romanistische Theorie eine, schon oben angedeutete, systematische Behandlung der „Ungültigkeit“ der Rechtsgeschäfte angenommen. Jedoch ist Einigkeit über den Sprachgebrauch, wie auch über seine Tragweite, über die Gebiete, welche den einzelnen Ungültigkeitstypen zuzuweisen sind, keineswegs erzielt. Im Gegenteil herrscht hier gerade eine grosse, die wissenschaftliche Behandlung erschwerende Sprachverwirrung[2]).

Ungültigkeit — wie auch hier die „Mangelhaftigkeit“ der Klarheit wegen im Anschluss an die herrschende Bezeichnungsweise

---

[1]) Jacobi, Arch. f. d. civ. Prax. 86 S. 98.

[2]) Klagen darüber bei Leonhard, Irrtum II 294, Mitteis, in Iherings Jahrb. 28 S. 87. Jakobi, Arch. f. d. civ. Prax. 86 S. 53 u. 86 ff.

genannt werden soll — ist die auf dem Mangel eines rechtlichen Erfordernisses beruhende, von den Parteien nicht gewollte Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, die sich nach Grad und Umfang verschieden äussert[1]).

Die Ohnmacht kann das Geschäft entweder ganz oder teilweise ergreifen, es von vorne herein oder erst unter gewissen späteren Umständen treffen; der Privatwille kann im Gegensatz zum Willen der Rechtsordnung ex aequitate berücksichtigt werden oder nicht — oder wie man sonst unterscheiden will.

Nach aussen die Ungültigkeit abzugrenzen, ist nur möglich, wenn man die „rechtlichen Erfordernisse", von denen die Definition sprach, genau im Auge behält. Man darf den Begriff allerdings nicht dadurch unmässig einengen (wie Gradenwitz[2]) thut), dass man alles aussondert, was am Mangel eines „allgemeinen Erfordernisses für das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte" krankt. Dann blieben nur einige Spezialitäten ohne inneren Zusammenhang als hierher gehörige Fälle übrig. Anderseits muss man auch die iustae causae der in integrum restitutio hierherziehen[3]).

Die markanteste Grenze innerhalb der Ungültigkeit, an der sich ihre Unterarten trennen, ist sicher die zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, wie Savigny sagte: „zwischen vollständiger und unvollständiger Ungültigkeit[4])". Man könnte vielleicht ein-

---

[1]) Regelsberger, Pand. S. 631. Leonhard, Irrtum II 312 f. Mitteis a. a. O. S. 97 ff. — Zu eng Windscheid, Pand. I 219 (§ 82): . . . „Rechtsgeschäft, welches, weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt . ." (Vgl. Eccius, Preuss. Privat-Recht I 196.) Anders Jacobi, a. a. O. S. 69: „. . . nicht normale Beschaffenheit der Verfügung, dass sie den bezüglichen Rechtssätzen nicht genügt:" davon wird Ungültigkeit im engeren Sinne getrennt. Birkmeyer, Exc. S. 300: „Verurteiltsein zur Unwirksamkeit kraft des Rechts." —

Uebrigens Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 44 und überhaupt § 7, auch S. 59.

[2]) A. a. O. S. 327. Dagegen Mitteis a. a. O. S. 97.

[3]) Darüber im Zusammenhang unten § 6 I 1b.

[4]) System IV 536; vgl. Mitteis a. a. O. S. 85 und Endemann a. a. O. S. 93, welcher den Eintritt der Ungültigkeit nach „Müssen oder Möglichkeit" charakteristisch unterscheidet. Dagegen verwirft die Einteilung radikal als „wesenlos" Schlossmann, Zwang S. 6 u. 9 (vgl. derselbe, Vertrag S. 139 N.); zurückgewiesen von Leonhard, Irrtum II 312 f. Siehe auch Jacobi a. a. O. S. 74 f.

wenden, dass gerade diese Grenze am wenigsten „markant“ ist, dass manche Zwischenbildungen sie verundeutlichen; aber es kommt nur darauf an, diese Erscheinungen, z. B. die sogen. relative Nichtigkeit, richtig zu placieren, entweder zur Nichtigkeit oder zur Anfechtbarkeit [1]). Deshalb ist es durchaus nötig, zuvörderst die Grenzen der Nichtigkeit, so zu sagen nach innen, klarzustellen, was darüber hinausliegt, gehört zur Anfechtbarkeit.

II. Ueber den Begriff der Nichtigkeit herrscht eine für unsre Materie hervorragende Einigkeit. Sogar im Ausdruck findet sich viel Uebereinstimmung,

Nichtig ist das Geschäft, dessen gewollter Inhalt(!) rechtlich als nicht vorhanden angesehen wird [2]). In diesem Sinne findet man die Formulierung bei vielen Schriftstellern, deren einige beispielsweise unten genannt seien [3]). Der Grund für die vollkommene, rechtliche Negierung des Erfolges bei diesen Geschäften ist in jedem Falle das gravierende Moment, dass das öffentliche Interesse

---

[1]) Vgl. Mitteis a. a. O. S. 85 ff und in Grünhuts Zeitschr. Bd. 16 S. 642. Gradenwitz a. a. O. S. 4 ff. Schlossmann, Zwang S. 9.

[2]) Damit sei aber auch angedeutet, dass das Faktum des richtigen Geschäfts Wirkungen hervorzubringen im Stande ist (z. B. Bestätigung durch formelle Wiederholung bei der Ehe, Folgen bezüglich der Kinder); das Nichtige ist daher nicht absolut dem Nichts gleichzustellen.

[3]) Brinz IV 397: „rechtlich betrachtet als nicht vorhanden.“ Vgl. Göschen, Vorles. üb. gem. Civ.-Recht I 307.

Baron, Pand. S. 107: „juristisch als nicht vorhanden“; vgl. Mitteis a. a. O. S. 86.

Savigny IV 536 „vollständig ungültig.“

Dernburg I 286: „Nichtige Geschäfte haben den Anschein, aber nicht das Wesen eines Rechtsgeschäfts;“ Vgl. Burckhard, Syst. d. österreichischen Pr. R. II § 101. Dernburg, Preuss. Pr.-R. I 145.

Arndts, Pand. S. 170 „juristisch als nicht bestehend angesehen.“

Windscheid I172 u. 219 „ . . als ob das Geschäft gar nicht abgeschlossen wäre.“ Vgl. Bruns, Pandektenfragmente. Kl. Schriften II 456; Puchta, Vorles. I 156; J. A. Seuffert, Pand. I § 82; Böcking, Pand. § 119c. S. 426; Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. I 232. Brandis, in Linde's Zeitschr. VII 122.

Wächter, Pand. I 231 f Beilage I: „Nichtig ist ein Recht, wenn es mit Eintritt des Erlöschungsgrundes sofort zu existieren aufhört“; vgl. ib. I 421. Leonhard, Irrtum II 301. Schlossmann, Zwang S. 10. Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 300. Unger, Syst. des österreich. allgem. Pr Rs. II 141.

verletzt ist: das Geschäft ist nämlich gesetzwidrig[1]). Das kann allerdings Verschiedenes bedeuten; einmal wörtlich: das Geschäft verletzt ein gesetzliches Verbot, auch: es erstreckt sich auf verkehrsunfähige Objekte. Sodann kann es besagen: das Geschäft hat ein Gebot für die Art der Vornahme, z. B. besonders eine Formvorschrift, nicht beachtet. Schliesslich: das Geschäft erfüllt insofern nicht alle rechtlichen Anforderungen, als in der Person des Kontrahenten ein vom Gesetz verlangtes, wesentliches Erfordernis fehlt, z. B. Handlungsfähigkeit, Wille u. s. w.[2]).

Wenn nun auch der beabsichtigte Rechtseffekt nicht entsteht, weil das Geschäft ein negotium inutile ist, so darf man doch den thatsächlich vorgekommenen Geschäftsakt nicht leugnen[3]). Das eine Moment zur Bildung des Rechtsgeschäfts, die Willenserklärung, ist sicherlich vorhanden, ihre rechtliche Wirksamkeit ebenso sicher nicht. Von einer scheinbaren Existenz, von der z. B. Unger[4]) spricht, kann also nicht die Rede sein. Die wirkliche Existenz des Geschäftsaktes zeigt sich am deutlichsten darin, dass ein nichtiges Geschäft durch Konversion eine — vorher allerdings nicht so gewollte — Wirkung erhält. Andrerseits ist es auch denkbar, dass von einem Geschäft, welches in der geplanten Ausdehnung nicht gilt, die sozusagen gesunden Bestandteile erhalten bleiben; man spricht dann von teilweiser Nichtigkeit, im Gegensatz zur totalen.

1.) Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent (l 129 § 1 = l 178 D de r. i. 50,17), also:

---

[1]) Dazu Puchta, Vorles. S. 156. Zitelmann a. a. O. S. 299, 288, 377. Bechmann, Kauf I 688 ff.

[2]) Nur Handlungsunfähigkeit, Formmangel und Gesetzwidrigkeit (im engeren Sinne) als Gründe gelten zu lassen, wie Köppen, in Iherings Jahrb. 11 S. 389, thut, ist eine falsche Einengung des Begriffs. Siehe auch RGE. 13, 203. Seuffert Arch. 46 No. 1, 2; 40 No. 190.

[3]) Leonhard, Irrtum II 297 ff. Ebenso Hartmann, Obligation S. 176. Zitelmann a. a. O. S. 300. Karlowa, a. a. O. S. 117. 158 ff. Schlossmann, Zwang S. 14, 17, 21, 25. Bähr, Gegenentwurf S. 28 zu § 112 u. § 115. O. Fischer, in Iherings Jahrb. 29 S. 329. Hölder, Pand. S. 305. Dagegen Brinz IV 405. 422 ff. Dazu Unger a. a. O. II 160. Puchta, Vorles. I 154 Mitteis a. a. O. S. 164.

[4]) a. a. O. II 141.

totale Ungültigkeit. Dasselbe gilt, wenn die Teile eines Geschäftsobjekts nicht von einander zu trennen sind, wie z. B. die Pferde einer quadriga. (l 38 D de aed. ed. 21,1;) auch, wenn eine andre Unmöglichkeit, die während des Schwebens einer Bedingung eintritt, (novandi causa sub condicione promittitur) die Erfüllung verhindert, (nämlich: die Novation konnte nicht in Kraft treten.) Hier bleibt trotz der teilweisen Nichtigkeit eine Naturalobligation übrig, was bei der totalen nicht der Fall ist[1]).

2.) Dagegen gilt die Regel: Utile per inutile non vitiatur (l 1 § 5 D de v. o. 45,1), welche Averanius dahin näher ausführt: Si pars eius (rei) aliqua supersit, in parte, quae superest, consistit obligatio[2]).

Die Eigenschaft auch dieser Nichtigkeitsfälle ist: das Geschäft ist von Anfang an und ohne weiteres rechtlich nicht wirksam. Das ist überhaupt die gesuchte Grenze zum Gebiet der:

III. Anfechtbarkeit.

In der Beziehung sind die meisten Autoren einig, dass Anfechtbarkeit, die Eigenschaft einerseits von der Anfechtung, der Thatsache, zu trennen ist, und dass andrerseits diese Thätigkeit des Bekämpfens nötig ist, um dem sonst gültig bestehenden Rechtsgeschäft seine Gültigkeit zu rauben[3]).

---

[1]) Dazu Brandis a. a. O. S. 124 ff. Mitteis a a. O. S. 159. Bekker, System II 238.

[2]) Interpret. II 796. — L 22 D de leg. I. Weiteres Quellenmaterial z. B. bei Mühlenbruch I 234 N. 13.

[3]) So: Puchta Pand. § 67 S. 105: „Der verursachende Umstand giebt einer Person das Recht, das Geschäft aufzuheben;“ ders. Vorles. S. 156 Vgl. Wendt, Pand. S. 164. Arndts, Pand. S. 130: „. . . an sich bestehend, aber etc.“ Vgl. Unger II 140. 146 ff (159 f). Mühlenbruch I 232.

Dernburg I 287 f: „wahre, aber mangelhafte Geschäfte,“ ders. Preuss. Pr. R. I § 71. Engelmann, Preuss. Pr.-R. S. 81. Wächter, Pand. I 321 f Beilage I u. 422 f. Brinz IV 399: „Vor der Hand vollkommen wirksam“. Gradenwitz a. a. O. S. 310. Lenel a. a. O. S. 136 ff. Birkmeyer a. a. O. S. 303. Mitteis a. a. O. S. 112. 117. Sintenis, D. prakt. gem. Civ.-Recht I 218. Baron, Pand. S. 107: „bis zur Umstossung rechtsbeständig.“ Regelsberger, Pand. S. 633. Hölder, Pand. S. 303: „Notwendigkeit der Anfechtung, wenn nicht durch ihre Unterlassung der Rechtsakt unanfechtbar werden soll“.

1.) Es ist also eine Reaktion gegen das anfechtbare Geschäft erforderlich, eine sinnenfällige Bethätigung der Befugnis, die durch den beim Geschäftsabschluss vorgekommenen Mangel für gewisse Personen entsteht. Es ist ein Recht mit einer gegen das positive subjektive Recht aus dem Geschäft gerichteten Tendenz, deren äussere (!) Bethätigung also eine verneinende ist[1]), es ist die Waffe, welche die Rechtsordnung dem Anfechtungsberechtigten zum Angriff auf das vorläufig bestehende Geschäft in die Hand giebt.

Bekker nennt solche Rechte, von denen hier ein Einzelfall vorliegt, „negative", und er betont, dass es „wahre Rechte" sind. Ihre Ausübung, welche die Ungültigkeit des Geschäfts herbeiführt, ist „vom Wollen des Berechtigten abhängig"[2]).

Was dagegen nichtig ist, muss und kann nicht mehr vernichtet werden[3]). Es war mithin ein unlogischer Widerspruch, in den die ältere Theorie geriet, wenn sie generell eine querela nullitatis verlangte. Für das katholische Eherecht, das eine ungültige Ehe nicht bloss anfechtbar nennen, private Trennung aber auch nicht erlauben mochte, war die annullatio matrimonii nötig[4]). Allgemein ist die Querel nur zur Feststellung des „Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses" zulässig, also mit deklaratorisch wirkendem Urteil. Dies haben auch schon vor der CPO (§ 256) gemeinrechtliche Theoretiker, sowie die Praxis durchgeführt[5]).

Erst dann, wenn entweder jene Reaktion eingetreten oder unmöglich geworden ist, kann man den Zustand definitiv nennen;

Czyhlarz, Inst. S. 42. Savigny, Syst. IV 537 ff: „Unvollständige Ungültigkeit." Göschen I 308. Heimbach, in Weiske's Rechtslexikon IX 239. Böcking I § 119f. Mandry, d. civ.-rechtl. Inhalt d. Reichsges. S. 511. Windscheid I 221. Jacobi a. a. O. S. 74. Leonhard, Inst. S. 347 sub I Förster-Eccius, Preuss. Pr.-R. I 198.

[1]) Ueber die andre Seite im Wesen d. A. unten § 4 IV 2.

[2]) Bekker, Syst. II, 89 ff. 237. Vgl. Sintenis I 211. Dagegen Windscheid I § 82 N 7, § 70. Heimbach a. a. O. IX 239. Aber Savigny IV 539 „menschliche Willkür . . . der Grund."

[3]) Leonhard, Irrtum II 318. Puchta, Vorles. S. 157 unter „Irrtümer". — Ueber die Feststellungsnatur Bülow, Arch. f. d. civ. Prax. 62 S. 76.

[4]) Leonhard II 319, 320 No. 7. Wendt, Pand. S. 698.

[5]) Darüber Regelsberger, i. Arch. f. prakt. Rechtswiss. u. Gesetzgeb. N. F. IX 416 ff. Seuffert, Arch. XVII No. 208. Degenkolb, Einlassungszwang S. 176 ff., 209 ff. Wendt S. 166, 698.

die ursprüngliche Wirkung des Geschäfts war vorher noch nicht gesichert, sie hing vielmehr von der Ausübung des Anfechtungsrechtes ab. So, und nur so, ist es aufzufassen, wenn von einer „bedingten" Wirkung anfechtbarer Geschäfte gesprochen wird[1]). Man darf aber nicht die Lehre von der Bedingung im technischen Sinne, die mit Willen dem Thatbestand des Geschäfts eine Ungewissheit beilegt, hierherein ziehen. —

Die Entstehung dieser Anfechtungsrechte auf ein gemeinsames Princip zurückzuführen, Gründe aus der etwaigen inneren Natur der Anfechtbarkeit herzuleiten, ist nach dem obigen Befunde aus den Quellen unmöglich. Jedoch hilft auch hier die Abgrenzung zur Nichtigkeit: wo nur Interessen Privater verletzt werden, ist es diesen anheimgegeben, sie wahrzunehmen. Das kann auch aus praktischen Gründen im einzelnen durch positive Normen angeordnet sein, wo man eigentlich die Folge der Nichtigkeit vermuten sollte[2]). —

2., Die Anfechtung bezweckt die Vernichtung der ursprünglich gewollten Rechtswirkungen aus dem abgeschlossenen Geschäft, die dem Anfechtenden gegenüber unter den nunmehr hervorgetretenen Umständen unbillig wären. Darin liegt auch die Befugnis, zu verhindern, dass andre den Inhalt des Geschäfts zu seinen Gunsten geltend machen[3]).

Im besondern umfasst der Begriff, dank der verworrenen Terminologie, recht Verschiedenartiges, er ist ein „Kollektivbegriff"[4]) geworden, für den keine allgemeine Regel ausser der aufzustellen ist, dass er eine „minder wirksame Ungültigkeit" darstellt.

---

[1]) Gradenwitz a. a. O. S. 321: „resolutiv bedingt", auch S. 327. Endemann a. a. O. S. 95: „bedingte, rechtliche Ungültigkeit . . durch dispositive Rechtsvorschrift angeordnet", auch S. 97. Hölder, Pand. S. 303. Jacobi a. a. O. S. 71.

[2]) Als Beispiel darf die exc. S. C. Vellaeani genannt werden Nichtigkeit ipso iure würde der Intercession der Frau den Charakter dieses Geschäfts, nehmen. Sintenis, in Sells Jahrb. II 348 u. 352 ff., u. Civ.-R. I 218. Cuiacius, Op. tom. V p. 448. Brinz II 235 ff. IV 440. Windscheid II § 487, S. 750 * vor § 185. Gradenwitz a. a. O. 67 ff. Glück, Komm. XIV 458.

[3]) Hölder, Pand. S. 303.

[4]) Leonhard, Irrtum II 313 ff. 330 f. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 114, 111.

Um ihn richtig beurteilen zu können, ist

a) zuerst seine Stellung im justinianischen Rechte zu betrachten erforderlich.

Da die Römer, wie wir gesehen haben, in dem: ipso iure und ope exceptionis etwas ganz andres sahen als wir heute in dem Gegensatz: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, so darf man durchaus den römischen, nur historisch oder prozessual zu erklärenden Gegensatz auf unser materielles Recht nicht übertragen. — Für viele der Fälle, die wir heute unter dem Gesamtnamen Anfechtbarkeit vereinigen, haben die Römer kasuistisch das Rechtsmittel exceptio verwandt; ferner wurde diese im Zeitalter des Extraordinarverfahrens ein materiellrechtlicher Begriff, sie wurde ebenso zum Gegen-Recht wie die actio zum Anspruch, eine Identifizierung, die übrigens bezeichnend für die Denkweise der Römer ist: ihre Rechtsanschauungen sind stets von der Vorstellung des Prozesses beeinflusst, und das erklärt sich wiederum daraus, dass der römische Prozess in einer eminenten Bedeutung öffentlich war.

Nun umfasst die materielle exceptio einerseits ausser negativen auch positive Rechte (z. B. die exc. iusti dominii, rei venditae et traditae etc.), andrerseits als Einrede ausserordentlich viel Prozessualisches[1]). Ihre Geltung für das moderne Privatrecht ist deshalb höchst zweifelhaft. Thatsächlich hat auch die moderne Theorie, soweit sie unbefangen das corpus iuris interpretiert, den lediglich historischen Wert der exceptio in ihrer römischen Gestalt dargethan und ihre materielle Anwendung auf das Recht unsrer Tage elidiert[2]). Das ist als das Ergebnis des gewaltigen Exceptionenstreites anzusehen.

Was jedoch von den Bestandteilen (!) der römischen exceptio mit der modernen Anfechtbarkeit zusammenfällt, das kann keines-

---

[1]) Bekker Syst. II 90. — Mitteis a. a. O. S. 139. Albrecht, Exc. § 17, S. 76. — Heymann, Vorschützen der Verjährung S. 143.

[2]) Für Beibehaltung der exc. sind viele Pandektisten: Savigny V 168, 180 ff. Windscheid I § 47 N. Puchta §. 93. Keller § 90 i. f. Arndts § 101. Dernburg I 322. Birkmeyer, Exceptionen (1—53) 297 ff. Dagegen: Albrecht, die Exc., bes. § 13. Bekker, Akt. II 278 ff. 283 ff. Brinz, i. d. Krit. Vierteljahrschr. XIV 206 ff. Eisele, Grundlage S. 121. Krüger, Prozessuale Konsumtion § 5 (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte VII 228). Lenel a. a. O. S. 135. Schultze a. a. O. I 375 ff. Zimmermann a. a. O. S. 33 f. Fischer, Recht u. Rechtsschutz § 9, S. 95. U. s. w.

wegs auch ausgemerzt sein: nur gehen wir darauf aus, ein System der Anfechtbarkeit auszubauen, nicht mehr eines der exceptio. Es kommt im ganzen auf einen Wortstreit hinaus, ob man für die Ueberreste noch den römischen Namen in der Fassung Exceptionsmässigkeit bezw. Inanität als terminus technicus gebrauchen oder etwas Deutsches an die Stelle setzen will. Sachlich stellt es sich so:

Vollständig zu negieren ist alles an der exceptio, was mit dem römischen Prozess oder der sogen. Duplizität des Rechts zusammenhängt[1]). Nicht in die Anfechtbarkeitslehre gehört die exceptio, soweit Einreden im materiellen Sinne damit gemeint sind[2]).

Es bleiben demnach hier zu beachten die Fälle, in denen nach dem corpus iuris eine exceptio freisteht zur Bekämpfung eines gültig abgeschlossen und wirksam erscheinenden Geschäfts:

α. Exceptio doli und quod metus causa;

β. Exc. S. C. Macedoniani und Vellaeani[3]).

(Dazu treten jedoch für andre Gründe ergänzend andre Rechtsmittel, die nur nicht hier bei der exc. mitzubehandeln sind.)

Wenn man trotzdem auch für das moderne Recht von Exceptionsmässigkeit od. Inanität im besonderen Sinne spricht, so muss zur Kritik notwendig genau die Konstruktion dieser Inanität beachtet werden. — Ein Geschäft bleibt wirkungslos, weil der Erfolg (sagen wir hier einmal einfach) durch exceptio gehemmt wird. Der Ipso iure = Mangel der Wirkung ist ein Kriterium für Nichtigkeit. Nun soll aber, was eigentlich gegen Nichtigkeit

---

[1]) Vgl. Leonhard, Irrtum II 312 f.

[2]) Dahin werden auch vielfach die peremtorischen Einreden gehören Die Notwendigkeit, diese geltend zu machen, und ihre Verzichtbarkeit unterscheiden sie von den Nichtigkeitsgründen. Dazu Brinz, Pand. IV 398, 401 und Krit. Viert.-Schr. XIV 223. Mitteis a. a. O. S. 131. — Fischer-Henle N 6 zu § 202 BGB (2. und 3. Aufl. richtig weiter als 1. Aufl. ebenda).

[3]) Die Exc. S. C. Vellaeani steht nicht „frei“ im Sinne von „im Belieben der Partei“; sondern sie wird unverzichtbar berücksichtigt, nach Gradenwitz a. a. O. S. 75 (77) und Koschembahr a. a. O. S. 111 f. Trotzdem ist sie hier unter den römischen Fällen der Anfechtung von Geschäften zu nennen.

(Ueber das Wesen dieser exc. ferner Koschembahr a. a. O. S. 77. Gradenwitz a. a. O. S. 81, überhaupt §§ 13 ff.

spricht, Wirkung möglich werden „durch unterlassene Bestreitung“[1]). Dazu ist ein Prozess notwendig vorausgesetzt. Unterbleibt dieser erstens, was sicher sehr oft geschehen wird, so kommt das (von Mitteis sogen.) „keimende Forderungsrecht“ niemals zur Vitalität. Wird zweitens ein Prozess geführt, so soll nach der Inanitätstheorie die Forderung von dem ihre Lebensfähigkeit verhindernden Druck der exceptio befreit werden können, d. h. nach „unterlassener Bestreitung“ empfängt das solange unwirksame Geschäft seine Kraft. Wodurch? Durch den Exceptionenverzicht des Prozessgegners! Einen privaten Verzicht auf die Nichtigkeitswirkungen kann man diesen Vorgang nicht nennen; ein solcher ist unmöglich. Auch kann man die Nichtigkeitswirkung im gemeinen Recht nicht durch einfache Bestätigung paralysieren. Allein umgehen kann man die Nichtigkeit in folgender Weise. Die Parteien erwähnen in ihrem Vortrage des Thatbestandes vor dem Richter das Moment nicht, welches das Geschäft nichtig macht und den Richter zur Beachtung ex officio veranlasst. — Auch ausserprozessual können die Parteien nach dem nichtigen Thatbestande ohne neuen Kontraktschluss Erfüllung geben, sodass diese nach aussen als abstrakt und gleichsam liberal gilt, unter den Kontrahenten jedoch als kausal, auf jenem Geschäftschluss beruhend. Wie in diesem formell negativen Verfahren auch Positives enthalten ist, so auch in dem Verzicht auf die exceptio, nämlich eine stillschweigende Anerkennung der gegenseitigen Verbindlichkeiten gemäss jenem Geschäftsschluss, der bisher Rechtswirkungen zu erzeugen noch nicht fähig war. Die Anerkennung beurteilt sich nach aussen (per fictionem) als neue Vornahme, die aber nicht der Geschäftsform bedarf. — So ist die Inanität, die juristische und zeitliche Umkehrung der Anfechtbarkeit, zu konstruieren. Dies, um zu sehen:

Die Inanität gehört in das Gebiet der Nichtigkeit und nicht der Anfechtbarkeit, ist auch nicht sui generis, kein Zwittergebilde zwischen beiden, wie es Mitteis darstellt[2]). Er thut das, weil er

---

[1]) Mitteis a. a. O. S. 133.

[2]) a. a. O. 91. 131 ff. 139. 162. Aber Lenel, Exc. 104 ff: „Das exceptionsmässige Recht — kein Recht.“ Bekker, System I 91. Thon, Rechtsnorm S. 262 f. Gradenwitz a a. O. S. 312. Eck, in d. Krit. Viert.-Schr. XXX 90. — Dagegen siehe Karlowa, Rechtsgeschäft S. 135; auch Birkmeyer, Exc. S. 300 N 3.

bei der Anfechtbarkeit von allen anderen Geschäften folgender Eigenart wegen die obligatorischen trennen will. Ihre Wirksamkeit verzehre sich in einem einzigen Akt, der „Anforderung mit Klage", was für Nichtobligationen nicht zutreffe. Dort sei eine Wirksamkeit als Anfechtungsobjekt vorhanden, bei der Obligation nicht. Ist aber die verwertbare Obligation, die im modernen Verkehr immer mehr als Vermögens- und Tauschwert behandelt wird, kein solches Objekt? Ist ihre Verwertung nicht auch eine Wirksamkeit?! — Das lässt die sonst so überaus geistvolle Untersuchung ausser Acht.

Verwirft man nach alledem die exceptio, so muss man an ihre Stelle etwas Neues zur Ausfüllung der entstandenen Lücke treten lassen. Was aber? Darüber ist noch keine Sicherheit und Einigkeit erzielt. Kohler konstruiert „reaktionsunfähige Ansprüche;" Bekker hilft mit den „negativen Rechten" aus, die Fischer[1]) besser „Gegen- oder Abwehrrechte" nennen will; dieser Begriff liegt auch den obigen Ausführungen zu Grunde. —

b) Eine weitere Eigentümlichkeit der Anfechtbarkeit ist, dass ihr Vorliegen vom Richter nur auf besonderen Antrag, die Nichtigkeit dagegen ex officio berücksichtigt wird. Nach der Dispositionsmaxime des modernen Civilprozesses bleibt dem Richter, der die Rechtsnormen auf den von den Parteien vorgelegten, nach freier Beweiswürdigung zu beurteilenden Stoff anzuwenden hat, nur übrig, nicht vorgebrachte Rechtsnormen zu ergänzen, speziell die Beachtung derjenigen Nichtigkeit, die aus dem Thatbestand erhellt oder gerichtskundig ist[2]). Das Gegenteil gilt bekanntlich von der Anfechtbarkeit. Dieses Prinzip ist gesteigert bis zu dem für gewisse Rechtsverhältnisse statuierten Erfordernis eines Annullationsdekretes; z. B. für die Ungültigkeit eines Testaments wegen Inofficiosität; (vgl. auch oben S. 23).

c) Als Kriterium der Anfechtbarkeit wird ferner ihre Heilbarkeit genannt[3]).

---

[1]) Recht u. Rechtsschutz S. 100. 103. Vgl. Heymann a. a. O. S. 130.

[2]) Seuffert Arch. 37 No. 289; 11 No. 185. — RGE 24 No. 35. Bekker, Aktionen II 297 f. Spezielles bei Leonhard, Irrtum II 320. 307 ff.

[3]) Darüber: Brinz IV § 176. Puchta, Vorles. S. 156. Endemann a. a O. S. 100. Bekker II 238.

d) Von grösserer Bedeutung ist die Frage, ob man die relative Nullität hierherzählen kann. Sie findet sich in der Litteratur in mehrfacher Bedeutung, je nachdem, auf wen oder was die Relation bestehen soll[1]). Ist die Beziehung auf den Bestand des Geschäfts gedacht, so stellen sie manche der heilbaren Ungültigkeit gleich[2]). Andere[3]) lassen sie vom Willen einer Person abhängig sein, sodass sie der Anfechtbarkeit nahezu gleichkommt. Die Beziehung auf eine einzelne Person hat ihr Richtiges, aber derart, dass ohne ihre anfechtende Willensbethätigung ihr gegenüber das Geschäft allerdings als nichtig anzusehen ist; berufen muss sie sich darauf aber ebenso wie bei der absoluten Nichtigkeit. Das Urteil ergeht dann in dieser Richtung deklaratorisch. — Wie erwähnt, besteht sie für das katholische Eherecht, auch für das römische Recht der Freilassung. Besondere Anwendung findet sie auf Verträge, durch welche wegen eines entgegenstehenden Ungültigkeitsgrundes nur eine Partei verbunden wird, speziell die negotia claudicantia[4]).

Die Nichtigkeit tritt also für bestimmte Personen ein, für andre ist das Geschäft wirksam. Man kann daher nicht von absoluter Nichtigkeit sprechen, wie Brandis thut, sondern muss eine einseitige bezw. teilweise Nichtigkeit annehmen[5]).

---

[1]) Jacobi a. a. b. S. 76. Brandis, Linde's Zeitschr. VII 121 ff. Die frappanten Äusserungen von Puchta, Vorl. 158 und Unger II 150, welche den Begriff zu negieren scheinen, tadeln nur die contradictio des Namens. Vgl. noch Böcking I § 119 e. Schliemann, Lehre vom Zwange S. 137, mit Windscheid I 223.

[2]) So Mühlenbruch I § 114,3; Puchta, Vorl. S. 158; Unger III 150; Wächter, Pand. I 424 f., 432 ff. u. Handb. des württ. Pr. Rs. II 666. Keller, Pand. I 143.

[3]) Savigny IV 540 ff. Dernburg, Preuss. Pr.-R. § 71; darüber Leonhard, Irrtum II 314. Förster-Eccius I 141. Windscheid I 223. Göschen I 308. Hölder, Pand. S. 306 (303 ff.)

[4]) Windscheid II § 321 N 22—24. Vangerow I 397. 518. L 13 § 29 D de a. e. 19,1; pr. J de auct. tut. 1,21; l 14 C de procur. 2,12; — l 17 § 1, l 65 § 8 D pro socio 17,2. — L 17 de fundo dot. 23,5. Dazu v. Wening-Ingenheim, Lehrb. I § 144 u. in Linde's Zeitschr. I 364. — Böcking I § 119 d Brandis a. a. O. S. 134 ff. 149 f. Köppen, Iherings Jahrb. XI 389 f. Förster-Eccius I 141 N 8.

[5]) Brandis a. a. O. S. 124 ff. 167, dagegen Leonhard, Irrtum II 318. Mitteis a. a. O. S. 108 f; ferner Brandis, in d. Krit. Viert.-Schr. XXVIII 562

e.) Durchaus nicht immer liegen sämtliche der vorstehenden Rechtserscheinungen, die bei anfechtbaren Geschäften vorkommen können, bei ein und demselben Falle vor (Vgl. oben S. 23 zu N. 4). Um so vorsichtiger muss man der verschiedenartigen, mehr oder weniger unter den Anfechtbarkeitsbegriff subsumierenden Terminologie gegenüber sein!

Immerhin ist ein System für unsere Materie im modernen Recht vorhanden: nach theoretischen Gesichtspunkten aufgebaut und mehr als gewöhnlich von der juristischen Intuition geleitet, als gründlich durch die Quellen fundamentiert. So hat sich eine „tiefe, unüberbrückbare Kluft" aufgethan, die das modernrechtliche System der Anfechtbarkeit vom kasuistischen, römischen Recht trennt [1]).

B. Preussisches Landrecht.

Auch im Sprachgebrauch des Landrechts, das sich in unsrer Materie vorwiegend auf das gemeine Recht stützt, werden die Ungültigkeitsgrade nicht scharf gesondert. Unwirksam und ungültig, unkräftig und unverbindlich wechseln ab; man sagt sowohl, dass eine Willenserklärung entkräftet, wie, dass sie vereitelt wird.

Weil diese Ausdrücke vielfach vertauscht werden, kann man aus ihnen nicht Angaben bestimmter Ungültigkeitstypen entnehmen [2]). Die Theorie vielmehr bestimmt — wie im gemeinen Recht — interpretierend die Gebiete der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit, auf die deshalb hier nochmals einzugehen, nicht erforderlich ist [3]).

Lediglich bei den Normen über die Ehe im ALR (II, 1) wird zwischen den nicht vollgültigen Arten von Ehen systematisch

---

N 1, dagegen Mitteis a. a. O. S. 160. Exner, Tradition S. 285 N. 105. — Jacobi a. a. O. S. 76. — Puchta, Vorles. S. 157. Sintenis II 215 ff. — Hierher gehört auch der Fall von K.O. § 6 a. F., jetzt § 7, (der übrigens „unwirksam," nicht mehr „nichtig" sagt.) Dazu Dernburg, Pand. I 287 N. 6 u. Preuss. Priv.-R. II 285, gegen Windscheid II 223. — Vgl. HGB. § 809 StPO. §§ 326, 2; 480 mit StGB. § 140, 3.

[1]) Eck, Krt. Viert.-Schr. XXX 90.

[2]) Dernburg, Preuss. Pr.-R. I 145. Förster-Eccius I 196. Koch, Lehrb. des preuss. gem. Pr.-Rs. I 260.

[3]) Förster-Eccius I 197. Engelmann, Preuss. Pr.-R. S. 80 f. Koch a. a. O. ALR. §§ 31 ff, 75 ff, 84 ff I, 4; §§ 51 f, 58, 60 ff, 68, 71, I, 5. — §§ 186 ff I, 5. Ueber Formvorschriften §§ 109 ff I, 5. — Vgl. oben S. 20 u. 22 N. 3.

unterschieden. Die §§ 933 f II, 1 geben klar die leitenden Gesichtspunkte der Unterscheidung an: „Obwaltende Verbotsgesetze“ (z. B. nach § § 935—941, 945, II, 1) machen eine Ehe „nichtig“, anfängliche „Hindernisse“, die in der Folge gehoben werden können, machen eine Ehe „ungültig,“ (§§ 968 ff II, 1)[1]. Diese Kategorieen werden jedoch nicht durchgängig erhalten; z. B. tritt solch eine Verwirrung in § 973 II, 1 ein[2].

§ 4. Anfechtbarkeit im BGB.

I. Wir haben bisher von der „Ungültigkeit“ der Geschäfte als dem weitesten Begriff in unserer Lehre gesprochen. Das BGB gebraucht den Ausdruck „Ungültigkeit“ gar nicht, weder in dem gewohnten, umfassenden Sinne, noch speziell als konsequenten Gegensatz von „Gültigkeit“. Die obere Kategorie ist vielmehr hier als „Unwirksamkeit“ bezeichnet. Sie ist die Unfähigkeit eines Geschäfts, den nach Inhalt der abgegebenen Erklärung beabsichtigten, rechtlichen Effekt zu bewirken[3]. Aus welchen Gründen dies geschieht, ist für den Begriff gleich, sodass dahin auch die gewollte und die zur Zeit „schwebende“ Unwirksamkeit zu rechnen sind[4], z. B. in §§ 108, 111, 174, 181, 308, 319, 458, 1831. Andrerseits gehört auch die Mangelhaftigkeit (im Sinne der bis-

---

[1]) Förster-Eccius, IV 13. Dernburg, III 20 N. 2, 21. Koch I 259 f. Rehbein, Entscheid. IV 12 ff. 20 sub. 2.

Diese Nomenklatur ist in die CPO., z. B. § 592 der alten Fassung, übergegangen. Vgl. auch Klöppel, in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 76 f.

[2]) Ueber die Gründe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, insbesondere die Willensmängel, kann auf § 5 unten und auf Förster-Eccius I § 41 sowie Dernburg, Preuss. Pr. I §§ 71 ff 108 ff verwiesen werden. — Im Code civil ist vom Begriff der Nullité zunächst die besonders geregelte Ungültigkeit der Ehe auszusondern Zachariae-Crome I 352. III §§ 428 ff. Dann wird auch Anfechtbarkeit und Nichtigkeit unterschieden. Ueber den Begriff siehe Zach.-Crome I 353. 355—363, und über die Gründe I 364 ff § 127 Z. I. Bd. II §§ 314, Z. 5. 323.

[3]) M. I 216. Prot. I S. 263. Vgl. Hellmann, Gutachten S. 489. Eck Allg. Teil (Vortrag) S. 39. Bekker, Beiträge Heft II 44. Rehbein I 96. Monich, Willenserklärung u. Rechtsgesch. S. 110 ff. 160. 170.

[4]) Planck. I 145. Matthiass, Lehrb. I 206. Jacobi a. a. O. S. 72. 107 ff. 112. 137 u. Persönl. Eherecht S. 37. Hellmann, Vortr. S. 119 f. Endemann I 316 Anm.*, 43 N. 6. — Gebhard, Vorlage S. 202.

herigen Paragraphen) hierher. Man kann daher mit Hellmann (Vorträge S. 118 ff) eine „weitere, engere und engste Bedeutung“ des Wortes unterscheiden; die weitere ist die zu N. 4 S. 31 genannte Art, die engere ist die „Fehlerhaftigkeit“, die engste die totale Unwirksamkeit, wie in §§ 344. 388. 925. 1235. u. s. w; 8. 35. 38. 108, 2. 470[1]). — Der erste Bestandteil der Mangelhaftigkeit ist:

II. Die Nichtigkeit. Eine Definition derselben gab indirekt der E. I § 108: „Ein nichtiges Geschäft wird in Ansehung der gewollten, rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre“. Dies wurde als entbehrlich gestrichen, weil der Begriff „in der Wissenschaft feststehe“[2]).

„Für und gegen jeden rechtlich nicht vorhanden“ sind die Geschäfte, denen ein Formmangel anhaftet, (§§ 125. 132, 4.), die ihres Inhalts wegen nicht den Rechtsschutz geniessen (§§ 117. 134. 138. 248. 310. 312 u. s. w.), die Unmögliches stipulieren (§ 316), endlich die von dauernd oder zeitweise Geschäftsunfähigen abgeschlossen sind (§§ 105. 1325)[3]). —

Etwas anders als für diese Geschäfte ist Nichtigkeit bei der Ehe zu bestimmen. Es ist dort, ausser bei Formmängeln (§ 1324), eine offizielle Nichtigkeitserklärung vorausgesetzt (§§ 1325—1328)[4]). Diese erfolgt auf Klage, wenn die „Aufrechterhaltung mit dem Wesen der Ehe und der erforderlichen Ordnung nicht vereinbar“ ist, nämlich wegen Geschäftsunfähigkeit, Doppelehe, Verwandtschaft und Schwägerschaft, sowie Ehebruchs[5]).

---

[1]) Vgl. aus d. HGB. §§ 50. 123,3 126,2. 128. 130,2. 151. 171. 273,2.

[2]) M. II 217. Prot. II Bd. I 125. — Zitelmann, in Bekker u. Fischer, Beiträge, Heft IX 70. Planck I 192. Hellmann, Vortr. S. 113 f. Goldmann-Lilienthal, Das BGB. I 67.

[3]) Vgl. Planck I. 145. Endemann I 318 ff. Eck, Vorträge S. 125 f. Krückmann, Inst. S. 296 ff. — Rehbein I 190. 191 N. 2. — Monich a. a. O. S. 119 f.

[4]) Zur Terminologie: Leonhard, Persönl. Eherecht, in Kohlers Arch. X 9 f. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 116. Wendt, Pand. S. 166. Zu beachten der gemeinrechtl. Unterschied zwischen matrimonium nullum und non existens.

[5]) Fischer, in Jherings Jahrb. XXIX besond. S. 328 ff. Krückmann, Inst. S. 300. Cosack II 420 423, V. Staudinger, Komm. z. BGB. IV 61 ff. Die Nichtconvalescenz wegen Wegfalls der Nichtigkeitsgründe, die in E. I 109 war, ist als selbstverständlich in E. II gestrichen. Prot. II Bd. I 125. Hellmann, Gutachten S. 502. Scherer, Komm. I 282.

III. Die Nichtigkeit wirkt total, allseitig. Doch giebt es im BGB eine einseitige, sog. „relative“ Unwirksamkeit, z. B. in §§ 135; 136. 185. 319. 506. 883. 888. 1124,2. 1126. 1399. Von diesen ist das wichtigste Beispiel der § 135. Danach ist das Geschäft, welches gegen ein zu Gunsten bestimmter Personen bestehendes Veräusserungsverbot geschlossen ist, „diesen Personen gegenüber unwirksam“, also ohne weiteres in dieser Richtung wirkungslos; einer Anfechtung bedarf es nicht[1]).

IV. Anfechtbarkeit.

1.) Eine Definition ist im Gesetze selbst nicht direkt gegeben; die Auslegung der §§ 142 ff. muss den Begriff klarstellen. Im wesentlichen ist er dem gemeinrechtlichen gleich, wenn auch Wirkung, Geltendmachung u. s. w. sich geändert haben.

Hier kann man, abgesehen von den logischen Gründen, die sich auch für das römische Recht geltend machen liessen, nämlich Verletzung privater Interessen, (vgl. auch § 2079), noch besonders auf einen Grund der Anfechtbarkeit hinweisen, der einheitlich im ganzen BGB wiederkehrt: die Willensmängel. (Fundamental § 119—§ 123).

Bis die durch den Anfechtungsgrund erzeugte Befugnis von dem Berechtigten angewandt und dadurch dem anfechtbaren Geschäft die Wirksamkeit benommen wird, gilt diese als vorhanden, sie steht unter einer „auflösenden Gesetzesbedingung“[2]). Nach der Anfechtung bleiben nur die wider Willen der Partei entstandnen Wirkungen bestehen, die „durch einen in dem äusseren Akte sich findenden, besonderen Thatbestand erzeugt werden“, z. B. durch culpa in contrahendo[3]). — Sonst wird das Geschäft unwirksam, dem man vorher unter Umständen den Mangel ebenso wenig anzusehen braucht wie einer falschen Münze[4]); durch die Erklärung wird die Mangelhaftigkeit „festgenagelt“. Es wird deklariert:

---

[1]) M. I 212. 217. Eck, Allg. Teil. S. 41 und Vorträge 128. Weyl, Vorträge I 255. Planck I 145. Endemann I 69 f. 318. Goldm.-Lil. I 68. 71,6. Jacobi a. a. O. S. 114 f. — §§ 107—111.

[2]) M. I 219. Gebhard, Vorlage S. 199. Zitelmann a. a. O. S. 17. Hachenburg, Allg. Teil S. 116. Leonhard, in Kohlers Arch. X 16. („Vorstufe der Ungültigkeit“). — Jacobi a. a. O. S. 69, u. Persönl. Eherecht S. 35.

[3]) E. I 112 „gewollte, rechtliche Wirkungen“. M. I 217. Prot. II Bd. I 125. Hellmann, Gutachten S. 501. — Schon Gebhard, Vorlage S. 197.

[4]) Leonhard, Die Vollendung des BGB. S. 14.

dieses Geschäft ist jetzt (!) ungültig, für die vorige Zeit ist es auch dafür „anzusehen".

In diesem Worte des § 142 liegt zugleich, dass das Geschäft nicht thatsächlich ungültig war. Dann hätte es einer solchen, somit selbstverständlichen Bestimmung im BGB nicht bedurft. Das Gesetz konnte vielmehr hier eine Fiktion nicht vermeiden!

Nicht längst bestandne Nichtigkeit wird durch die Rüge des Mangels aufgedeckt, sondern eben die Anfechtbarkeit, ein Begriff, der gänzlich überflüssig im Gesetze wäre, wollte man wie Rehbein konstruieren und das Geschäft von vornherein „nichtig" nennen[1]).

Darum ist es durchaus berechtigt, von einer rückwirkenden Kraft der Anfechtung zu sprechen. Wie ist diese aber rechtlich aufzufassen? — Eine blosse Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner vernichtet festgegründet geglaubte Rechtsverhältnisse. Es scheint beinahe, als ob der Privatwille hier stärker sei als das objektive Recht, als ob das Willensdogma hier seine Anerkennung finde, die ihm sonst, z. B. in der Denkschrift, nicht mehr zu Teil wird. Diesen Irrtum könnte man auf den ersten Blick auch in den Äusserungen verschiedner Autoren vermuten. Jacobi z. B. (a. a. O. S. 118) nennt die Anfechtbarkeit die „Befugnis zu einer privaten Nichtigkeitserklärung", v. Jacubezky (Bemerkungen zum Entw. eines BGB S. 30) zu einer „Wiedereinsetzung (in den vorigen Stand), welche sich dieser (sc. der Verpflichtete) selbst gewähren kann". Nach Hachenburg (Allg. Teil S. 114) ist gar die Partei „Richter in eigner Sache". Das sind natürlich nur bildlich zu

[1]) Komm. I. 198. Ebenso Endemann, I 321 N. 1, der sich merkwürdigerweise auch gerade auf die Fassung des § 142 beruft. Nicht so rigoros ist Hölder, Allg. Teil S. 105 f: „Das Geschäft entbehrt in Wirklichkeit dieser (sc. zur Anf. berechtigten) Person gegenüber überhaupt der Geltung oder rechtlichen Existenz", es ist „partiell nichtig", gilt also anderen gegenüber. Und wenn jener es auch schon als „der massgebenden Bedeutung entbehrend" behandelt, so liegt darin noch keine Befugnis zu gleichem Thun für andre. Das erst wäre ein Kriterium für eingetretne Nichtigkeit. Das ist auch ein Beweismittel dafür, dass der Streit sich nicht nur um Worte dreht; ein ferneres Argument ist dieses: die Bestätigung des nichtigen Geschäfts würde die volle Form der Vornahme erfordern und als erneute Vornahme gelten; stillschweigender Verzicht auf die Anfechtung würde das Geschäft nicht bestätigen; siehe aber § 144. — Vgl. Hölder Komm. S. 309. Korrekter Hellmann, Vortr. S. 114. Jacobi a. a. O. S. 138 No. 2. Zitelmann, Irrtum S. 231 f. Prot. II Bd. I 106: „einstweilen als gültig betrachtet".

nehmende Schlagworte, bei deren Prägung die Schöpfer zu Gunsten geistreicher Form die Grenze juristischer Genauigkeit überschritten. Es wird angedeutet, dass von der eventuellen Anfechtung die Nichtigkeit des Geschäfts abhängt[1]). Aber die Willensbethätigung ist nicht als „Autonomie", sondern nur als ein Mittel anzusehen, welches das Recht zur Äusserung seines Willens veranlasst, allerdings auch veranlassen muss: nur auf den Ruf des Anfechtungsberechtigten tritt das Recht in seinen Dienst. Es handelt sich also darum, „die Wirkung einer Rechtsnorm auszulösen[2])". Der springende Punkt ist mithin, auf den Willen hinzuweisen, der die Parteien dazu führt, die Mangelhaftigkeit des Geschäfts zu betonen, woran das Recht die bekannten Folgen knüpft. —

Demnach kann man voll und ganz Leonhard's Definition[3]) annehmen:

„Anfechtbarkeit eines Geschäfts ist diejenige Mangelhaftigkeit seines Inhalts, deren Hervorkehrung lediglich vom Willen eines der Beteiligten abhängt."

2.) Hat sich das Prinzip der Anfechtbarkeit bisher als ein lediglich negatives gezeigt, wie es auch zunächst dem Namen entspricht, so offenbart sich bei näherem Beobachten doch, dass auch positive Momente in ihr enthalten sind.

Ist ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden, — es wurde z. B. ein Vertrag abgeschlossen, — so ist es möglich dass der nicht korrekte Vertragsschluss Mängel bewirkt, die nicht ohne weiteres sichtbar sind. Wenn es solche sind, die nicht direkt Nichtigkeit

---

[1]) Vgl. Meisner, Komm. I 137. Jacobi a. a. O. S. 138 No. 1 und 3, auch Hachenburg, Vortr. I 59. Krückmann, Inst. S. 300.

[2]) Endemann, I 321. In diesem Sinne ist auch der Ausdruck „bedingte Nichtigkeit" bei Jacobi a. a. O. S. 137 und Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB I 239 zu verstehen u. zu billigen. Das Gleiche gilt von der relativen Nichtigkeit, mit der die Anf. identifizieren: Eck, Allg. Teil S. 41. Klöppel, in Gruchots Beitr. XXXII 639 ff. Scherer, Komm. I 283. Wenn Cosack, Lehrb. I 154 dies bekämpft, so hat er noch andre Bedeutungen des Proteusbegriffes „relative N." im Auge. Eine Annäherung, namentlich bei nicht empfangsbedürftigen Geschäften, giebt er zu. Von der Relation auf die Wirkung haben diese Autoren nicht gesprochen, sondern von der Relation auf die Person dessen, der sich auf den Mangel berufen darf. Übrigens auch Gebhard, Vorlage S. 195, mit Bezug auf Savigny Syst. IV 539.

[3]) In Kohlers Archiv X 16 gegeben, mündlich wie oben modifiziert.

ipso iure herbeiführen, so bleibt es allerdings den Parteien überlassen, wenn sie die Mängel entdeckt haben, dies zur Anfechtung des Vertrages zu benutzen. Das Geschäft ist also, wenn es den Rechtsregeln nicht genügt, bis zum Verzicht auf die Anfechtung der dauernden Gefahr ausgesetzt, dass seine mangelhafte Stelle durch die scharfblickende Partei aufgedeckt und sein Lebensnerv durchschnitten, es also ungültig wird. Die Partei wird daher gut thun in steter Kampfbereitschaft die abgeschlossenen Geschäfte kritisch zu betrachten; nur wenn sie die rechtlichen Erfordernisse beim Vertrage als erfüllt erkennt, kann sie auch der Kritik seitens des Gegners ruhig entgegensehen.

Aber selbst, wenn dieser zur Anfechtung berechtigt ist und von seinem Rechte Gebrauch macht, hat die Rechtsordnung eine Schranke gezogen, an welcher der Vernichtung des durch den Vertragsschluss erzeugten Rechtseffekts Einhalt gethan wird. Es sind das diejenigen Rechtssätze, nach welchen das am Rechtsgeschäft Brauchbare möglichst erhalten bleiben soll. Solche Sätze finden sich im BGB mehrfach. Hierher gehört vor allem § 139, dessen negative Fassung den positiven Satz birgt: Ist anzunehmen, dass ein Rechtsgeschäft auch ohne den im vorliegenden Falle nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre, so gilt es. Vgl. im Erbrecht § 2085: er will für den Fall, dass eine letztwillige Verfügung unwirksam ist und man annehmen darf, dass der Erblasser die übrigen Verfügungen auch ohne die unwirksame getroffen hätte, diese übrigen als brauchbar retten; dazu auch § 2084 und § 2086, sowie § 2077, Abs. 3. Ferner § 140, der die Konversion anordnet, wenn es nicht den Parteiabsichten widerspricht; gleiche Tendenz haben schliesslich § 155. 117,2; auch die Vermutung des § 516 Abs. 2 Satz 2 und § 416 Abs. 1 Satz 2.

Diesen Vorschriften liegt zu Grunde, dass die Rechtsordnung alles Zweckdienliche erhalten wissen will[1]); gleichwohl soll eine unverdiente Verletzung jemandes dadurch abgewendet werden, dass der Erzeuger der Schädigung, also das Rechtsgeschäft, an-

[1]) Gleiche Absicht u. Wirkung in der Naturalobligation, der Codicillaklausel, der adoptio minus (!) plena, der junianischen Latinität u. s. w. des römischen Rechts. — Vgl. den Zweckgedanken „rechtliche Einflusslosigkeit der Interessenänderung“ für die „bindende Kraft der Verträge“ bei Jhering Zweck im Recht I 72. — M. V 43.

gefochten wird. Zunächst ist durch die Erhaltung die Partei selbst betroffen; im weiteren Sinne aber ist der Zweck in jenen Vorschriften nicht zu verkennen, den Bestand des rechtlich Brauchbaren zu garantieren und somit das Vertrauen in die Solidität der Rechtsordnung zu festigen. Daher geniessen die Vorteile jener Vorschriften mit erhaltender Tendenz am letzten Ende die Rechtsordnung und durch sie die menschliche Gemeinschaft, der Staat selbst.

Schon an und für sich hat ja die Anfechtbarkeit einen komplizierteren Organismus als die ohne weiteres eintretende Nichtigkeit.

Beachtet man auch das oben Ausgeführte, so zeigt sie nicht nur schwierigere, feinere Konstruktion, sondern zugleich einen Fortschritt in der Wirkung gegenüber der Nichtigkeit. Diese ist die urwüchsige, unaufhaltsame Kraft, die Anfechtbarkeit dagegen das durchdachte, vom Menschenwillen abhängige Wirksamwerden der Rechtsnormen!

Litteraturverzeichnis.

I. Systematische Darstellungen.

1. Gemeines Recht.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. 1886.

Böcking, Pand. des römischen Rechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts. 2. Aufl. 1853.

Brinz, Lehrb. d. Pand. 2. Aufl. von Lotmar. 1892

Baron, Pandekten. 3. Aufl. 1879.

Bekker, System des heutigen Pand.-Rechts. 1889.

Czyhlarz, Lehrb. der Instit. des röm. Rechts 1889.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. 1896.

Gierke, Deutsches Privatrecht. (I). 1895.

Göschen, Vorlesungen über gemeines Civilrecht. 2. Aufl. 1843.

Hölder, Pand. (Allgemeine Lehren.) 1891.

v. Jhering, Geist des röm. Rechts. 4. Aufl. 1888.

v. Keller, Pandekten. 2. Aufl. 1866/67.

Leonhard, Inst. des röm. Rechts. 1894.

Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 2. Aufl. 1885.

Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand.-Rechts. 4. Aufl. 1844.

Puchta, Pandekten. 11. Aufl. 1872.

Puchta, Vorlesungen über das heutige röm. Recht. 6. Aufl. 1875.

Puchta, Cursus der Inst. 9. Aufl. von Krüger 1881.

Regelsberger, Pand. 1893.

v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. 1841.

J. A. Seuffert, Praktisches Pand.-Recht. 2. Aufl. 1848.

Sintenis, Das praktische, gemeine Civilrecht. 3. Aufl. 1869.

Sohm, Inst. des röm. Rechts. 6. Aufl. 1896.

v. Vangerow, Lehrb. der Pand. 7. Aufl. 1869.

C. G. v. Wächter, Pand. (herausgegeben v. O. v. Wächter. 1880/81.)

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts. 1822.

Wendt, Lehrb. der Pand. 1888.

v. Windscheid, Lehrb. des Pand.-Rechts. 7. Aufl. 1891.

2. Partikularrecht.

a. Dernburg, Lehrb. des preussischen Privatrechts. 5. Aufl. 1894.
Engelmann, das preuss. Privatrecht. 6. Aufl. 1896.
Fischer, Preussisches Privatrecht. 1887.
Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht. 6. Aufl. 1892.
Koch, Lehrb. des preuss., gemeinen Privatrechts. 3. Aufl. 1857.
b. Burckhard, Syst. des österreichischen Privatrechts. 1853.
Unger, Syst. des öst., allgemeinen Privatrechts. 2. Aufl. 1863.
c. v. Wächter, Handb. des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 1842—1851.
d. Zachariae-Crome, Handb. d. französischen Civilrechts. 8. Aufl. 1894.

3. Recht des BGB.

Bendix, das deutsche Privatrecht auf Grund des BGB dargestellt. 1. Abt. 1898.
Cosack, Lehrb. d. Deutschen. bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1899.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 1899.
Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 4. Aufl. 1898.
Engelmann, Das alte u. das neue bürgerliche Recht Deutschlands. 1897.
Gierke, Der Entwurf eines BGB. 2. Ausg. 1889.
Goldmann-Lilienthal, Das BGB. 1897.
Hachenburg, Der allgemeine Teil des BGB. 1892.
Hachenburg, Vorträge: Das BGB für das deutsche Reich. Bd. I. 1898.
Klöppel, Der Entwurf eines BGB. Gruchots Beiträge, Bd. 32. 1888.
Krückmann, Inst. des BGB. 1898.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1897—1899.
Leonhard, Die Vollendung des deutschen BGB. 1897.
Matthiass, Lehrb. des bürgerlichen Rechts. 1899.
Philler, Vorlesungen über das BGB. 1899.
Weyl, Vorträge über das BGB. 1898/99.

Allgemeiner Teil.

Eck, Der allgem. Teil. Heft I in der Sammlung v. Vortr. über d. Entw. 1896.
Eck, Vorträge über das Recht des BGB. 2. Ausg. 1898.
Enneccerus-Lehmann, Das bürg. Recht. 1898.
Hellmann, Vorträge über d. allg. Teil. 1897.
Hölder, im Arch. für civilist. Praxis. Bd. 73, 1888 und Bd. 80. 1892.
Zitelmann, das Recht des BGB. I. 1900.

Familien- und Erbrecht.

Frommhold, Das Erbrecht, aus d. Komm. z. BGB u. seinen Nebengesetzen 1899.
Klöppel, Das Familien- und Erbrecht des Entw., Gruchots-Beitr. Bd. 33, No. 1, 3, 8.
Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB 1896.
Leonhard, Das persönliche Eherecht des Entw., Kohlers Archiv, Bd. 10. 1895.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB u. des gemeinen Rechts. 2. Aufl. 1898.
Bähr, Gegenentwurf zu dem Entw. eines deutschen BGB 1897.

4. Civilprozessrecht.

Bekker, Die Aktionen des röm. Privatrechts. 1871—73.
v. Bethmann-Hollweg, Der Civilprozess des gem. Rechts. 1865.
Heffter, Syst. des röm. u. des deutschen Civilprozessrechts. 2. Ausg. 1843.
v. Keller, Der röm. Civilprozess. 6. Ausg. von Wach. 1883.
Schultze, Privatrecht und Prozess in ihren Wechselbeziehungen. 1883.

II. Erläuterungen.

1. Römisches Recht.

Averanius, Interpretationes iuris. ed. III. 1753.
Brissonius, De verborum quae ad ius civile pertinent significatione. opera studioque Heinecci. 1743.
Cuiacius, Opera omnia. Ed. Neap. 1758.
Glück, Ausführl. Erläuterung der Pand.

2. ALR.

Koch, Allgem L. R. 8. Aufl. 1884.

3. BGB.

Fischer-Henle, Das BGB. Handausgabe. 3. Aufl. 1899.
Hölder, Komm. zum Allg. Teil. 1900.
Meisner, Das BGB. 1898.
Neumann, Handausgabe des BGB. 1898.
Planck, BGB nebst EG, erläutert. 2. Aufl. 1898/99.
Rehbein, Das BGB mit Erläut. (I). 1898/99.
Scherer, Allgem. Teil des BGB (I). 1897.
v. Staudinger, Komm. zum BGB für d. deutsche Reich. 1899/1900.

III. Materialien zum BGB.

Gebhard, Entw. eines BGB. Allg. Teil. Vorlage des Redaktors.
Entw. I. Motive zu d. Entw. eines BGB. Amtl. Ausg. 1888. Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entw. eines BGB.
Entw. II. Prot. d. Komm. für die 2. Lesung des Entw. 1897. Reatz, die 2. Lesung des Entw. eines BGB unter Gegenüberstellung der 1. Lesung. 1892.
Entw. III. Denkschrift zum Entw. eines BGB. 1896.
Bericht der Reichstagskommission über d. Entw. 1896.

IV. Monographien.

1. Exceptio.

Albrecht, Die Exceptionen des gem., deutschen Civilprozesses. 1835.
Birkmeyer, Die Exc. im bonae fidei iudicium. 1874.
Brinz, Giebt es noch Exc? in der Krit. Vierteljahrschr. XIV. 1872.
Bucerius, Exceptio, Einrede und Einwendung. Göttinger Inaug.-Diss. 1899.
Eisele, Die materielle Grundlage der Exc. 1871.

Heymann, Das Vorschützen der Verjährung. 1895.
Hugo Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli. 1. Heft. 1892.
Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exc. 1876.
v. Koschembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exc. (1. Bd.) 1893.
Löhr, Ipso iure und ope exceptionis, im Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgebung. Bd. 3 u. 4. 1820/21.
Zimmermann, Krit. Bemerkungen zu Eisele's Schrift etc. 1872.

2. Ungültigkeit.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887.
Darüber:
Eck, in d. Krit. Vierteljahrschr. XXX 77 ff. und
Mitteis, in Grünhuts Zeitschr. XVI 641 ff.
Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, in Jherings Jahrb. XXVIII. 1889.
Brandis, Ueber absolute und relative Nichtigkeit, in Linde's Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess. Bd. 7. 1843.
Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Arch. für civ. Prax. Bd. 86. 1896.
Regelsberger, im Arch. für prakt. Rechtswiss. u. Gesetzgeb. N. F. Bd. 9. 1872.

3. Irrtum.

Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. 1883.
Leonhard, Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund (Gutachten für d. 20. deutschen Juristentag. 1889).
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
Ryck, Der Irrtum bei Rechtsgeschäften; in d. Berliner Festgaben für Beseler 1885.
Ofner, Ueber den Einfluss des wesentlichen Irrtums bei Verträgen; in Grünhuts Zeitschr. Bd. 17. 1890.
Muskat, Ueber Eck's Irrtumslehre; in Gruchots Beitr. Bd. 42. 1898.
Unger, Die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums; in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15. 1888.

4. Zwang, Drohung.

Schliemann, Die Lehre vom Zwange. 1861.
Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange. 1874.
Czyhlarz, Der Einfluss des Zwanges auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, in Jherings Jahrb. Bd. 13. 1874.
v. Blume, Zur Lehre von den durch Drohung erzwungenen Willenserklärungen, in Jherings Jahrb. Bd. 38. 1898.

5. Rechtsgeschäfte.

a. Allg. Teil.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen. 1877.
Bruns, Kleine Schriften. Bd. II (Pandektenfragmente). 1882.
Hellmann, „Rechtsgeschäfte", in den Gutachten aus d. Anwaltsstande 1890.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf. Bekker u. Fischer, Beitr. Heft 7—9 1889/90.
Hartmann, Die Obligation. 1875.
Köppen, Der obligator. Vertrag unter Abwesenden; in Jherings Jahrb. Bd. 11. 1871.
Schlossmann, Der Vertrag. 1876.
Leonhard, Der Vertragschluss; (Vortrag); im Jahrb. der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswiss. u. Volkswirtschaftslehre. 1896
Lotmar, Über causa im röm. Recht. 1875.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem BGB. 1900.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897.

b. Recht der Schuldverhältnisse.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1857.
Fr. Mommsen, Erört. aus d. Obl.-Recht. Heft 2: Über Haftung der Kontrahenten. 1859.
Bechmann, Der Kauf. 1876.
v. Bethmann-Hollweg, Beitr. zur Lehre von d. Kompensation; im Rheinischen Museum. Bd. 1. 1827.

c. Familienrecht.

Fischer, Die Ungültigkeit der Ehe; in Jherings Jahrb. Bd. 29. 1890.

6. Einzelkritiken.

Bekker, System u. Sprache des Entw. eines BGB; in Bekker u. Fischer, Beitr. Heft 2. 1888.
Bähr, Der Entwurf. Krit. Vierteljahrschr. Bd. 30. 1888.
Ludwig Goldschmidt, Krit. Erört. zum Entw. eines BGB. 1. Heft. 1889.
v. Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entw. 1892.
Strohal, Bemerk. zum Entw.; in Jherings Jahrb. Bd. 34. 1895.
Meisner, Krit. Bemerk. zur Schlussrevision des Entw. 1896.
Planck, zur Kritik des Entw; im Arch. für civ. Prax. Bd. 75 No. 9.
Leonhard, Der Entw. und seine Beurteilung.
Mandry, Krit. Vierteljahrschr. Bd. 13. 1872. (Ueber Brinz, Pand).

7. Civilprozessrecht und Verwandtes.

v. Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten; Arch. für civ. Prax. Bd. 62. 1879.
Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877.
Burchardi, Die Lehre onn der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831.
Fischer, Recht und Rechtsschutz. Bekker u. Fischer. Beitr. Heft 6. 1888.
v. Thon, Die rechtsverfolgende Einrede; Jherings Jahrb. Bd. 28. 1889.

8. Diverses.

a. v. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.
v. Jhering, Der Zweck im Recht. 2. Aufl. 1884.

b. F. Endemann, Über die civilrechtliche Wirkung von Verbotsgesetzen. 1887.
Büchel, Civilrechtl. Erörterungen II. 1839.

c. Schilling, Animadversiones criticae ad Ulpiani Fragmenta. 1830.
Ulpiani Fragmenta.
Pauli Sent. recept. libri V.
Gaii Institutiones.

d. Dirksen, Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. 1837.
Weiske, Rechtslexikon. 1855.

e. Seufferts Arch. für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen.
Striethorst, Arch. f. Rechtsfälle, die der Entsch. des Kgl. Obertribunals vorgelegen haben.
Rehbein, Entscheidungen des vormaligen Preussischen Obertribunals. 1884 bis 1895.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Lebenslauf.

Martin Bruck, geboren am 12. April 1878 in Neisse, Sohn des verstorbenen Kaufmanns Benno Bruck und seiner Ehefrau Anna geb. Lazarus. Ich besuchte von Ostern 1884 bis Ostern 1887 die evangelische Elementarschule und von da ab das Kgl. Gymnasium zu Neisse, das ich Ostern 1896 mit dem Reifezeugnis verliess. Darauf studierte ich die Rechte in Heidelberg (1), München (1), Berlin (3) und Breslau (1 Semester) und besuchte die Vorlesungen und Uebungen der Herren Professoren: Bekker, Jellinek; — v. Amira, Birkmeyer, Lotz, L. Seuffert; — Brunner, Crome, v. Cuny†, Dambach†, Dernburg, Eck, Gierke, Hinschius†, Kahl, Mendel, Pernice, Schmoller, Ad. Wagner, Zeumer; — Beling, Brie, Dahn, Fischer, Heymann, Jörs, Leonhard.

Am 17. Juli 1899 bestand ich in Breslau die Referendarprüfung, am 26. Juli das Rigorosum. Gegenwärtig bin ich dem Kgl. Amtsgericht in Löwen überwiesen.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern bin ich zu grösstem Danke verpflichtet, ganz besonders Herrn Geheimrat Leonhard, dem ich die Anregung zu der vorliegenden Arbeit und mancherlei unschätzbare Winke und Belehrungen dafür verdanke.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.